

# «Der EuGH wird Sorgfalt walten lassen»

Der Rechtsprofessor Matthias Oesch ist hierzulande einer der besten Kenner des Europäischen Gerichtshofs. Im Gespräch mit Fabian Schäfer erklärt er, weshalb er die Rolle des EuGH bei der geplanten Streitbeilegung Schweiz - EU für unbedenklich hält

Herr Oesch, was hat Sie bei der Lektüre der neuen Abkommen mit der EU am meisten überrascht?

Die schiere Menge an Vertragstexten. Dass vier Jahre nach dem Scheitern des Rahmenabkommens ein derart umfassendes Werk auf dem Tisch liegt, ist eindrücklich. Rechte und Pflichten sind nun viel detaillierter geregelt als damals.

Hat Sie etwas negativ überrascht?

Inhaltlich nicht, aber ich bedaure, dass das Paket keinen richtigen Namen hat. Mir scheint «Bilaterale III» passend: Die Verträge stehen in der Tradition der Bilateralen I und II von 1999 und 2004. Sie ermöglichen die Weiterführung des bilateralen Wegs. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit der dynamischen Rechtsübernahme und der Streitbeilegung institutionell und rechtskulturell ein erheblicher Integrationsschritt einhergeht.

Ein Streitthema sind die «fremden Richter»: Der Europäische Gerichtshof EuGH, das höchste Gericht der EU, würde bei Streitigkeiten mitreden. Wie funktioniert dieses Gericht?

Jeder EU-Staat entsendet eine Richterin oder einen Richter an den EuGH. Sie wachen über die Auslegung und Anwendung der EU-Verträge. Der EuGH geht zurück auf die ersten Vorläufer der EU, gegründet wurde er 1952 als Gericht der «Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl». Heute entscheidet er unter anderem über Klagen der EU-Kommission bei Vertragsverletzungen durch Mitgliedstaaten. Daneben gibt es das Vorabentscheidungsverfahren: Nationale Gerichte legen dem EuGH Fragen zur Auslegung und Gültigkeit von EU-Recht vor, bevor sie einen hängigen Fall entscheiden. Der EuGH trägt wesentlich dazu bei, dass die EU eine Rechtsgemeinschaft ist.

Sie haben einmal geschrieben, dass via die EuGH-Urteile das EU-Recht auch in der Schweiz Fuss fassen – «auf leisen Sohlen, aber mit grossem Abdruck». Können Sie das ausführen?

Bereits heute legen unsere Gerichte die bilateralen Abkommen fortlaufend gemäss der Praxis des EuGH aus. Seine Urteile haben zum Beispiel bewirkt, dass auch hierzulande Flugpassagiere bei Verspätungen mehr Rechte erhielten. Unsere Behörden orientieren sich auch dann am EuGH, wenn sie Schweizer Recht auslegen, mit dem wir EU-Recht autonom nachvollzogen haben. Wichtige EuGH-Präjudizien beeinflussen bei uns etwa das Wettbewerbsrecht, das Mehrwertsteuerrecht, das Asylrecht, das Gleichstellungsrecht oder den Datenschutz. Es soll also niemand meinen, der EuGH spiele heute für die Schweiz keine Rolle.

Über Streitfälle der Schweiz und der EU würde ein paritätisches Schiedsgericht entscheiden. Aber dieses muss unter Umständen den EuGH beziehen. Kann die Schweiz vom Gericht der Gegenseite faire Entscheide erwarten?

Ja. Zwar ist sie am EuGH personell nicht vertreten, das ist ein Nachteil. Der EuGH kommt aber nur zum Zug, wenn zur Lösung eines Streitfalls EU-Recht ausgelegt werden muss. Dabei agiert der EuGH nicht als Gericht der Gegenpartei, sondern als Gericht des Binnenmarkts, an dem die Schweiz in ausgewählten Bereichen teilnimmt. Er entscheidet nicht über den konkreten Fall, sondern gibt eine verbindliche Stellungnahme ab, mit der er die Auslegung des EU-Rechts für den gesamten Binnenmarkt präjudiziert. Dabei wird er Sorgfalt walten lassen. Auch sonst gibt es keine Anzeichen, dass er tendenziell gegen die Schweiz entscheiden würde.

Sicher? Bis jetzt gibt es nur den Fall des Fluglärmsstreits – und da hat er gegen die Schweiz entschieden.

Das ist nicht vergleichbar. Damals hatte der EuGH eine andere Rolle: Er musste

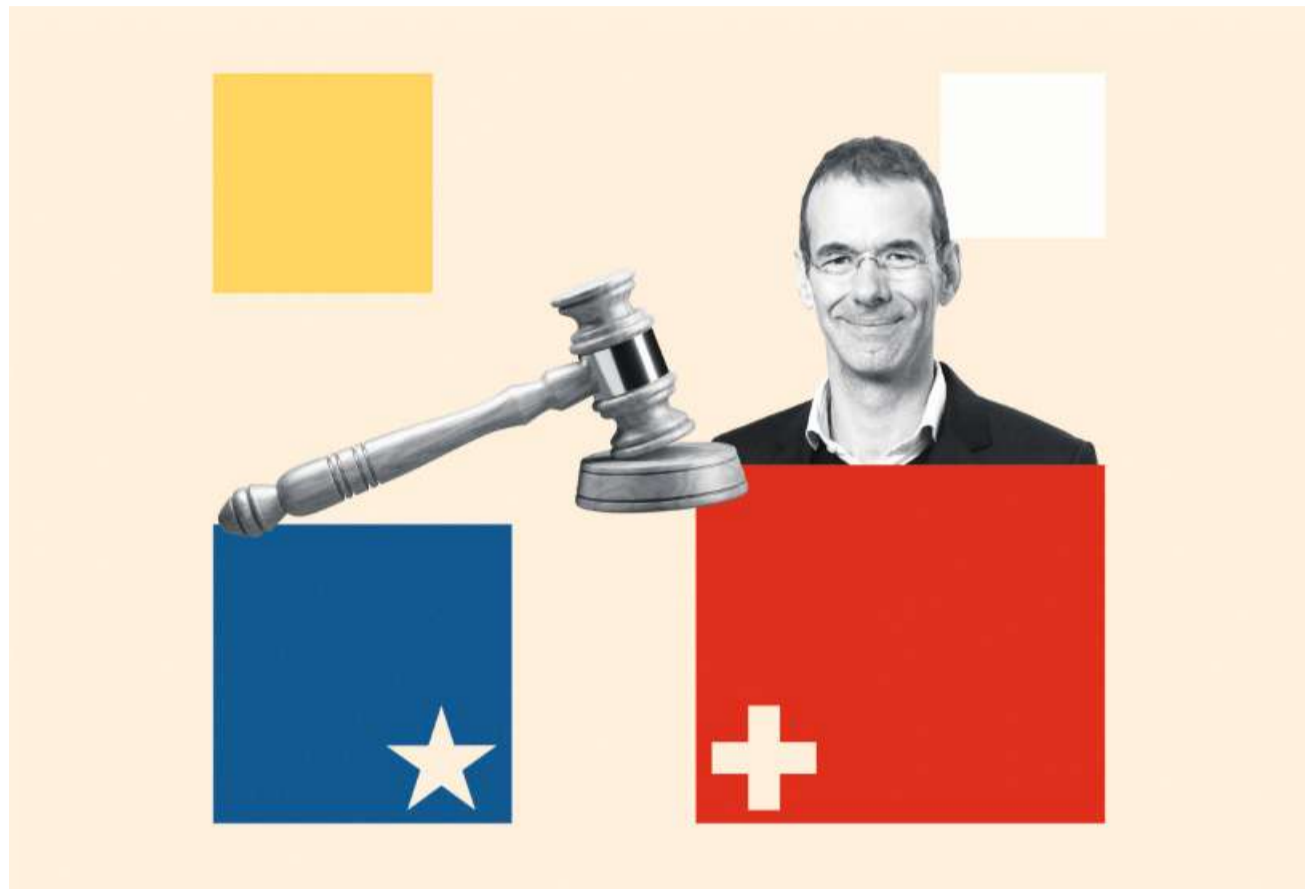


ILLUSTRATION SIMON TANNER / NZZ

über den Einzelfall entscheiden. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der deutschen Massnahmen hätte er zwar auch zu einem anderen Schluss kommen können. Sein Urteil war aber vertretbar. Für mich ist undenkbar, dass der EuGH bewusst eine «falsche» Auslegung von EU-Recht vornimmt, damit die Schweiz verliert. Eine solche Auslegung würde für den gesamten EU-Raum gelten.

Der EuGH fällt zu Personenfreizügigkeit und zu anderen Themen Entscheide, die man in der Schweiz als politisch einstufen und dem Parlament überlassen würde. Teilen Sie diese Einschätzung?

Nicht unbedingt. Politische Urteile sind nicht zwangsläufig kompetenzwidrig. Auch Schweizer Gerichte betreiben «Rechtsfortbildung»: Sie entwickeln das Recht dort weiter, wo rechtliche Spielräume bestehen und neue Entwicklungen stattfinden. Zudem orientiert sich der EuGH sehr wohl an Rückmeldungen der anderen EU-Organe und der Mitgliedstaaten. Er ist auch bereit, seine Praxis zu überdenken. Dies zeigen etwa die Urteile zur Personenfreizügigkeit: Angesichts der zunehmenden Kritik von EU-Staaten hat er seine grosszügige Lesart der Unionsbürgerrechte angepasst. Er berücksichtigte auch den Entscheid des Europäischen Rats vor der Brexit-Abstimmung, bei einem Verbleib des Vereinigten Königreichs in der EU den Zugang zu Sozialleistungen einzuschränken. Der EuGH ist ein selbstbewusstes Gericht, aber er agiert nicht im luftleeren Raum.

Die Schweiz soll neues EU-Recht «dynamisch» übernehmen inklusive der künftigen Rechtsprechung des EuGH. Können wir dieses Risiko eingehen?

Das ist zweifellos ein grosser Schritt. Die dynamische Rechtsübernahme ist das Herzstück der neuen Verträge. Ich verstehe, dass viele in der Schweiz damit hadern. Auch wenn es weiterhin möglich ist, neues EU-Recht abzulehnen, ist klar, dass dies nicht die Regel sein kann. Eine dauerhafte Nichtübernahme wird nur ganz ausnahmsweise opportun sein – und sie wird einen Preis haben. Die EU könnte in solchen Fällen Ausgleichsmassnahmen ergreifen, die schmerzen. Man sollte es aber nicht dramatisieren. Die Rechtsübernahme greift nur dort, wo die Schweiz aus freien Stücken am Binnenmarkt teilnimmt. Es geht um vier Abkommen der Bilateralen I, darunter die Personenfreizügigkeit, sowie um die neuen Verträge zu Strom und Lebensmittelsicherheit. Zudem sind gerade bei

Zuwanderung, Lohnschutz und Strom wichtige Ausnahmen verbindlich gegen die Rechtsübernahme abgesichert.

Erwarten Sie viele Konflikte?

Nein, die meisten Übernahmen werden unkompliziert ablaufen. Das hat auch Vorteile für die Schweiz: Die EU kann wichtige Weiterentwicklungen nicht mehr blockieren, wie sie dies heute bei der Medizintechnik macht. Die Rechtssicherheit nimmt zu. Anders als bei den Schengen/Dublin-Abkommen riskiert die Schweiz bei einer Nichtübernahme auch nicht gleich den Wegfall der gesamten Verträge. Und es gibt ein Gegenstück zur Rechtsübernahme: Neu kann die Schweiz bei der Ausarbeitung von EU-Recht mitreden. Auch ohne Stimmrecht ist diese Mitwirkung bedeutsam. Das zeigt ein Vergleich mit Schengen/Dublin, wo diese Möglichkeit bereits besteht: Die Schweiz konnte die EU bei der Revision der Waffenrichtlinie 2017 dazu bewegen, eine Klausel aufzunehmen, die auf die Schweiz zugeschnitten ist. Sie sieht vor, dass Armeeeingehörige ihre Waffe nach Dienstende behalten können. Tschechien hat dagegen eine Klage eingereicht, der EuGH hat diese aber abgewiesen und die Schweizer Sonderregel geschützt. Bundesrat und Parlament müssen die Spielräume, welche die Mitwirkung nun auch in den anderen Abkommen eröffnet, unbedingt nutzen. Ist neues Recht in der EU einmal erlassen, gibt es keine Möglichkeiten für Sonderregeln mehr.

Sie sagten, die Rechtssicherheit nehme zu. Besteht nicht vielmehr die Gefahr, dass die Rechtsübernahme ausufert?

Kaum. Es ist klar, welche Bereiche betroffen sind. Aber natürlich kann es umstrittene Fälle geben. Die EU dürfte den Geltungsbereich der betroffenen Abkommen eher grosszügig auslegen, die Schweiz eher eng. Bei den EWR-Staaten, die praktisch das gesamte Binnenmarktrecht der EU dynamisch übernehmen, zeigt sich, dass die Abgrenzungen manchmal fließend sind. Sind die Schweiz und die EU uneins, ob neues Recht übernommen werden muss, kann jede Partei ein Schiedsgericht anrufen.

Wenn die Schweiz dort unterliegt, die Rechtsübernahme aber ablehnt, kann die EU Ausgleichsmassnahmen ergreifen. Was sind mögliche Beispiele?

Im Prinzip sollen diese Massnahmen wieder ein Gleichgewicht herstellen. Gleichzeitig geht es auch darum, Druck zu erzeugen – mit dem Ziel, dass die

Rechtsverletzung beseitigt wird. Die EU könnte etwa die Zulassung von Produkten behindern oder Rechte von Schweizern in EU-Ländern einschränken, etwa bei der Stellensuche. Sie darf aber keine bereits erworbenen Rechte von Personen entziehen. Wenn umgekehrt die EU einen Vertrag verletzt, könnte die Schweiz die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe erhöhen. Ein Schiedsgericht kann prüfen, ob die Massnahmen verhältnismässig sind. Zulässig sind sie nur bei den Binnenmarkt-Abkommen. Das ist ein Vorteil gegenüber heute, wo die EU auch vor sachfremden Massnahmen nicht zurückschreckt. Unangenehm ist jedoch, dass die Ausgleichsmassnahmen zum Voraus kaum bekannt sein werden.

Genau deshalb drohen schwierige Abstimmungen. Können die Bürger noch frei entscheiden, wenn sie befürchten müssen, dass die EU bei einem Nein irgendwelche Massnahmen ergreift?

Die dynamische Rechtsübernahme schränkt die Volksrechte formell nicht ein. Ohnehin werden die meisten Abstimmungen stattfinden wie bisher, ohne dass europapolitische Sachzwänge bestehen – in den Kantonen und Gemeinden erst recht. Aber klar: Jeder Integrationsschritt verstärkt das direktdemokratische Unbehagen. Die Globalisierung und die Europäisierung des Rechts bewirken Spannungen im Verfassungsgefüge. Das vom Ökonomen Dani Rodrik beschriebene Globalisierungsparadox gilt auch für die Schweiz: Man kann nicht die wirtschaftliche Globalisierung vertiefen, ohne Abstriche bei der Demokratie oder der nationalen Selbstbestimmung zu machen.

Verkommen Referenden unter solchen Umständen zu einer Alibiübung?

Nein. Abstimmungen mit europapolitischen Komplikationen sind unvermeidlich, wenn die Schweiz den bilateralen Weg fortsetzen will. Unsere direkte Demokratie kann solche Spannungen aushalten. Dadurch garantiert sie die permanente Auseinandersetzung mit der Europapolitik und deren demokratische Legitimation. Das ist ein hohes Gut.

Wie würden sich die Abkommen auf das Machtgefüge zwischen Volk, Parlament, Regierung und Justiz auswirken?

Namentlich die Gerichte werden herausgefordert sein. Das Bundesgericht geht heute von einem strikten Vorrang des Freizügigkeitsabkommens gegenüber Bundesgesetzen aus. Es gibt gute Gründe, davon abzurücken. Etwa bei der Spesenregelung: Die Schweiz wird weiterhin ortsübliche Spesen verlangen, was möglicherweise EU-Recht verletzt. Wenn dies zu Streit zwischen einer ausländischen Firma und einem entsandten Arbeitnehmer führt, wird es am Bundesgericht liegen, den klaren Willen des Schweizer Gesetzgebers höher zu gewichten. Auch sonst wird das Bundesgericht Abweichungen von den Abkommen zulassen müssen. Dies wird der Fall sein, wenn die Schweiz ein Schiedsgerichtsurteil bewusst nicht umsetzt. Sonst ergeben die neuen institutionellen Regeln keinen Sinn.

Müssen die Verträge dem Ständemehr unterstellt werden?

Nein, nicht zwingend. Es scheint zwar nicht ausgeschlossen, ein ausserordentliches Referendum mit doppeltem Mehr anzuordnen, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag die verfassungsmässige Ordnung klarerweise tangiert. Es ist aber fraglich, ob dies bei den neuen Verträgen der Fall ist.

Welche Alternativen zu den vorliegenden Abkommen sehen Sie?

Realistisch erscheint mir nur eine: Man akzeptiert den schlechenden Bedeutungsverlust der bestehenden Abkommen und gewärtigt eine Phase der Entfremdung und Unsicherheit – mit ungewissem Ausgang.

«Das Bundesgericht wird Abweichungen von den bilateralen Abkommen zulassen müssen. Sonst ergeben die neuen institutionellen Regeln keinen Sinn.»

## Experte für das höchste EU-Gericht

fab. · Matthias Oesch ist Professor für öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Zürich. Der versierte Kenner des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hat vor zwei Jahren das Buch «Der EuGH und die Schweiz» publiziert. Ausser mit dem bilateralen Verhältnis Schweiz - EU und dem Europarecht befasst sich Oesch in seiner Forschung schwerpunktmässig mit dem öffentlichen Wirtschaftsrecht und dem Wirtschaftsvölkerrecht.

NZZ

Pro

Dieser Artikel ist bei «NZZ Pro» erschienen, dem Premiumangebot der NZZ mit dem vertieften Blick voraus auf Weltwirtschaft und Geopolitik.

www.nzz.ch/pro